Zur strafrechtlichen Lehre vom Besitz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hans Krethlow
Referendar aus Leipzig.

ACAD.
LUGD.BAT.
KIEL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die tatsächliche Gewalt 1
I. Die Verfügungsmöglichkeit als ihre Grundlage 1
II. Ersatz durch das Rechtsgefühl der Mitmenschen 2
III. Die Erkennbarkeit des Besitzes 3
a) Physische Erkennbarkeit 3
b) Psychische Erkennbarkeit 4
c) Nur die Tatsache des Besitzes muß erkennbar sein 5
d) Die Erkennbarkeit schwindet bei übergroßer Gefahr . . . 7
IV. Zusammenfassung 8
§ 3. Der Besitzwille 8
I. Allgemeines 8
II. a) Genereller Besitzwille 9
b) Subsidiärer Besitzwille 10
III. Die Besitzwillensfähigkeit 10
§ 4. Der Besitz 11
§ 5. Gegenstand des Besitzes 11
I. Nur Sachen können besessen werden 11
II. Teilbesitz 11
III. Für das Folgende sind nur die beweglichen Sachen berücksichtigt 12
§ 6. Der Besitzerwerb 12
I. Allgemeine Regel 12
II. Ausnahmen 13
III. Einseitiger Besitzerwerb 14
IV. Zweiseitiger Besitzerwerb 17
a) Durch körperliche Übergabe 17
b) Auf Grund erfolgter Willenseinigung 17
c) Die Fähigkeit, Besitz zu übertragen 18
§ 7. Das Verhältnis der unbesessenen Sachen zum Menschen 20
I. Sie sind noch nie in menschlichem Besitze gewesen 20
II. Verlorene Sachen 20
III. Besitzverlassene Sachen 23
IV. Besitzentzogene Sachen 23

Seite

V. Nicht zu den unbesessenen Sachen gehören
a) die verlegten Sachen 25
b) die vergessenen Sachen 25
c) die versteckten Sachen 26
§ 8. Der Mitbesitz 26
I. Allgemeines 26
II. Mitbesitz auf Grund erfolgter Willenseinigung 27
III. Mitbesitz ohne Willenseinigung 32
IV. Depositum, Automat 33
§ 9. Der Besitzgehilfe 35
I. Allgemeines 35
II. Das wesentliche Merkmal des Besitzgehilfen 35
III. Der mögliche Wechsel zwischen Besitzgehilfschaft, Mitbesitz und Alleinbesitz 36

Literaturverzeichnis.

Binding = Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Binding, Handb. = Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Frank = Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. Tübingen 1908.

Hälschner = Hälschner, System des preußischen Strafrechts. Bd. 2. Bonn 1868.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Bonn 1884 u. 1887.

Heß, Der Besitzdiener des § 855 BGB. Diss. Jena 1904.

Ihering = Ihering, Der Besitzwille. Jena 1889.

Kretzschmar = Kretzschmar, Das Sachenrecht. Leipzig 1906.

Lukas = Lukas, Anleitung zur Strafrechtspraxis. Bd. 2. Berlin 1904.

Merkel, H. H. = Merkel, Diebstahl und Unterschlagung. In v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 3. In Einzelbeiträgen. Berlin 1871 bis 1874.

Rotering, G. A. = Rotering, Zeit- und Streitfragen. In Goltdammers Archiv für gemeines deutsches und preußisches Strafrecht Bd. 47. Berlin.

Rotering, GS. = Rotering, Gewahrsam, Befriedigung und Mitgewahrsam im Sinne der §§ 242, 246 RStGB. Im Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß Bd. 38. Erlangen.

Rotering, Arch. f. bürgerl. R. = Rotering, Aus der Lehre zum Besitze. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27. Berlin.

Olshausen = Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1905.

Spornberger, Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache in der geschichtlichen Entwicklung. Diss.

Staudinger = Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 3: Sachenrecht. München 1908.

Strohal = Strohal, Sachbesitz. Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 38. Jena.

Turnau-Förster = Turnau u. Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Windscheid-Kipp = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl., herausgegeben von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.
Wolf = Wolf, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Iherings Jahrbüchern Bd. 44.

RG. E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RG. R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Recht = Abdruck einer Entscheidung im Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
JurW. = Abdruck in der Juristischen Wochenschrift. Berlin.
Sächs. Arch. f. Rechtspfl. = Abdruck im Sächsischen Archiv für Rechtspflege. Leipzig.
ROLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig.

§ 1.

Einleitung.

Der Besitz ist ein Begriff, den der Laie zunächst, durch den Sprachgebrauch bedingt, schwer vom Eigentum unterscheiden kann, obwohl er etwas vollkommen Verschiedenes ist. Der Besitz ist die Tatsache, das Eigentum das Recht.

Gerade dieses Merkmal, daß der Besitz Tatsache und nur Tatsache ist, wird im folgenden die Grundlage der Entscheidung sein, ob Besitz vorhanden ist oder nicht.

§ 2.

Die tatsächliche Gewalt.

I. Besitzer einer Sache ist derjenige, der die tatsächliche Gewalt über sie hat und haben will.

In dem Ausdrucke „tatsächliche Gewalt" selbst, den auch § 854 BGB. gebraucht, liegt, daß der Besitzer die Möglichkeit haben muß, auf die Sache einzuwirken, er muß über die Sache verfügen können. Dies setzt voraus, daß die Sache in einer Lage ist, die sie dem menschlichen Zugriffe und besonders dem des Besitzers zugänglich macht. Dies kann in manchen Fällen verschieden zu entscheiden sein, je nach den äußeren Verhältnissen der Person und je nach den ihr zu Gebote stehenden Hilfsmitteln. So hat der arme Teufel, dem ein Ring in einen Graben gefallen ist, vielleicht den Ring verloren, obwohl er weiß, wo er liegt. Er kann seinem Zugriffe entzogen sein, weil er die Kosten der Wiedererlangung nicht tragen kann. Das Gegenteil gilt für den Reichen.

Aber diese Einwirkungsmöglichkeit ist noch nicht die tatsächliche Gewalt. Denn dieses durchaus objektive Merkmal liegt für jeden Menschen stets dann vor, wenn er in die körperliche Nähe

einer Sache kommt, und hört auf mit dem Entfernen, z. B. wenn ich auf der Straße entlang gehe, wo allerhand Handwerkszeug liegt, wenn ich im Zimmer meines Freundes weile. „Beziehungen dieser Art sind ephemere, flüchtige, stets wechselnde Lebenserscheinungen. Vergessen mit ihrem Vorübersein, bedeutungslos für die Rechtsordnung gestalten sie sich nicht zum Rechtsbegriffe."[1]) Erst wenn die Einwirkungsmöglichkeit die „tatsächliche Verwirklichung des Willens"[2]) darstellt, wenn sie den Besitzwillen erkennen läßt, wandelt sie sich zur tatsächlichen Gewalt. „Ein tatsächliches Verhältnis, das dem Willen der Person nicht entspricht, kann nicht ... als ein Gewaltverhältnis ... gelten."[3]) Die Einwirkungsmöglichkeit ist also weniger als die tatsächliche Gewalt, sie kann bei vielen Menschen hinsichtlich ein und derselben Sache zugleich vorliegen, und doch ist sie nur für einen das erkennbare Zeichen der tatsächlichen Gewalt. So hat jeder, der eine frei zugängliche Garderobe betritt, die Einwirkungsmöglichkeit auf alle darin hängenden Kleidungsstücke, die tatsächliche Gewalt jedoch nur über seine eigenen.

Sie kann auch die tatsächliche Gewalt erheblich überdauern, wie dies in vielen Fällen der Dereliktion sein wird. Im Walde findet ein Picknick statt. Bierflaschen werden weggeworfen. Die tatsächliche Gewalt endet mit dem Wurfe, denn jeder erkennt aus der Handlung, daß der Werfer Besitz und Eigentum aufgeben will. Die Einwirkungsmöglichkeit dauert aber fort.

Die Entscheidung über das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt ist natürlich in all den Fällen des „mit den Händen greifen und mit den Füßen treten" leicht zu treffen. Der Besitzer ist den Sachen physisch der nächste Mensch, er kann sich sofort zwischen die Sache und jeden anderen stellen, so daß erst sein Widerstand gebrochen werden muß.

II. In demselben Augenblicke aber, wo ein anderer den von mir besessenen Sachen physisch näher ist, mich also von ihnen ausschließen kann, bin ich von seinem Verhalten abhängig. Er

---

[1]) Rotering, G. A. Bd. 47 S. 253.
[2]) Windscheid-Kipp S. 736, 4a.
[3]) Staudinger S. 17.

kann dadurch, daß er sich zwischen mich und die Sache stellt, meine Einwirkungsmöglichkeit und damit meine tatsächliche Gewalt in Nichts verwandeln. Aber dieses Tun würde widerrechtlich sein und ist deshalb zunächst nicht zu erwarten. Es bilden diese Personen daher keine Schranken zwischen mir und meiner Sache, es sei denn, sie betätigten einen dahingehenden Willen. So wird es mir gestattet, mich weiter von den von mir besessenen Sachen zu entfernen. Die Möglichkeit der sofortigen Einwirkung auf sie, die existente Verfügungsmöglichkeit kann verschwinden, sie findet ihren Ersatz in dem „Vertrauen auf den Rechtsfrieden, daß nämlich die Volksgenossen sich an dem Besitzobjekte nicht vergreifen, schlimmstenfalls den Angriff exzedierender Genossen ihrerseits mit Gewalt zurückweisen werden".[4]) Die tatsächliche Gewalt ruht in diesen Fällen also in dem Rechtsgefühle der Mitmenschen, m. a. W. sie ist auch überall dort vorhanden, wo der Widerstand Dritter nicht zu befürchten ist, wenn der Besitzer wieder unmittelbar auf die Sache einwirken, sich in die größte physische Nähe zu ihr bringen will. An die Stelle der vorhandenen Verfügungsmöglichkeit tritt der Umstand, daß der Besitzer „in der Lage ist, zur Sache zurückzukehren und seine tatsächliche Herrschaft über dieselbe auszuüben".[5])

III. Dieses Rechtsgefühl der Mitmenschen kann aber nur entstehen, wenn die Gestaltung der Umstände eine solche ist, daß sie daraus schließen können, es bestehe fremder Besitz. Der Besitz muß also erkennbar sein. Ein Besitz, der dies nicht ist, hat für das Rechtsleben keine Bedeutung.

Jedes Erkennen erfordert an sich eine psychische Tätigkeit des Menschen. Diese Tätigkeit aber kann einerseits durch in der Natur getroffene Vorkehrungen, anderseits nur durch eigene Gedankenarbeit ausgelöst werden. Daher können wir, wenn auch etwas ungenau, von physischer und psychischer Erkennbarkeit reden.

a) Am leichtesten physisch erkennbar ist der Besitz in all den Fällen, wo der Besitzer durch seine physische Nähe seinen Besitzwillen dokumentiert. Regelmäßig lassen auch Absperrungen, Umzäunungen, Anschläge und andere Zeichen in der Natur fremden

---

[4]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 4.
[5]) RG. I v. 24. 5. 1880, E. Bd. 2 S. 64.

Besitz erkennen. So hat der Besitzer eines Tiergartens oft, aber nicht immer, die tatsächliche Gewalt über das Wild darin, der Besitzer eines Teiches über die Fische, dagegen sind unbesessen das Wild im freien Walde oder die Fische in offener See, in Binnenseen und fließenden Gewässern. Auch kann der Wildpark derart groß oder die Umzäunung so beschaffen sein, daß der Besitz am Wilde geleugnet werden muß.[7])

Zu diesen Zeichen gehört auch der Wächter.[8]) Die Militärbehörde erhält sich durch Aufstellen von Wachtposten und Anschläge, das Betreten des Platzes sei Unbefugten verboten, den Besitz an der verschossenen Munition.

Ebenso weist das Befinden einer Sache in meinen Räumen zunächst darauf hin, daß ich der Besitzer bin. Doch dies wird ausgeschlossen durch einen stärkeren Hinweis, daß ein andrer Besitzer bestimmter Sachen sei. „Was mein Gast in der Tasche hat, besitzt er allein, es muß der stringentere Taschengewahrsam dem minder starken Hausgewahrsam abträglich sein. Und was das Gesinde in dem ihm überwiesenen Zimmer, was der Gastfreund in seinem Koffer oder aber von seinen Effekten unmittelbar unter Augen behält, alles dies wird durch eine mehr stringentere Gewaltbeziehung aus dem Hausgewahrsam ausgeschieden.“[9])

b) Neben dieser Möglichkeit, fremden Besitz zu erkennen, steht die rein psychische.

Zwei Gruppen[10]) kommen hier in Betracht:

Alle die Gegenstände, die im öffentlichen Interesse, dem Schutze der Menschen, denen sie dienen, empfohlen, von den Behörden frei und ohne jede Bewachung auf den Straßen und Plätzen der Stadt angebracht werden, wie Tische, Bänke, Papierkörbe in öffentlichen Anlagen, Rettungsgürtel, bleiben im Besitze der Behörden, sie bedürfen keiner besonderen Bewachung, das Publikum selbst ist der Besitzwächter.

---

[7]) vgl. hierzu RG. III v. 6. 12. 1879, R. Bd. 1 S. 120; RG. III v. 16. 4. 1883, R. Bd. 5 S. 254; RG. III v. 9. 11. 1894, E. Bd. 26 S. 218; Merkel, H. H. III S. 637; Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 80.

[8]) RG. IV v. 4. 1. 1907, Recht Bd. 11 S. 195.

[9]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 78.

[10]) vgl. zum folgenden Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 84.

Die andere große Gruppe bilden die Sachen, wo sich aus der Situation und dem Bestimmungsverhältnis schließen läßt, „wohin solche Dinge zugehörig, daß sie nicht derelinquiert, ja daß der Besitzer in der Nähe zu suchen ist".[11] Jedermann weiß bei uns, daß der Pflug auf freiem Felde, der gefällte Baum im Walde, das Werkzeug, das während der Nacht auf der Straße liegen bleibt, in fremdem Besitze ist, obgleich alles dem Zugriffe aller ausgesetzt ist. Dies gilt auch für die Trümmer eines eingefallenen Hauses, für vom Zaune gerissene Latten, die auf öffentlichem Wege liegen. Das Holz, das hoch im Walde gefällt und durch das eigene Gewicht oder das Wasser auf dem dem Besitzer bekannten Wege zu Tal getragen wird, bleibt in seinem Besitze.[12] Anders aber, wenn durch Hochwasser Sachen fortgeführt werden, ersichtlich ohne den Willen des Besitzers. Äußerlich ist die Lage dieser Sachen dieselbe, doch es ist erkennbar nicht ihre Bestimmung, vom Wasser fortgetragen zu werden. Der Besitz geht an ihnen verloren.[13]

Die Lage, in der sich die Sachen befinden, läßt uns oft mehrere Besitzer unterscheiden. Sie läßt uns „das Bild zweier ineinander fallender Herrschaftskreise, eines großen und eines zweiten, zumeist minimal kleinen",[14] erkennen. „Der Arbeiter läßt seine Gerätschaften auf dem Felde des Dienstherrn, der Bergmann Lampe und Keilhaue unter Tage, der Maurer seine Kelle auf dem Bau, der Beamte seine Mappe in der Amtsstube."[15] Wir erkennen den besonderen Besitz neben dem Besitze am Grund und Boden oder den Räumlichkeiten.

c) Die Erkennbarkeit des fremden Besitzes erfordert aber nicht, daß jeder auch erkennen muß, wer der Besitzer ist. Nur die Tatsache des Besitzes selbst muß erkennbar sein. Ich bin zu Besuch im Zimmer meines Freundes und habe auf seinen Schreibtisch zu den dort liegenden Büchern ein mir gehöriges gelegt. Ich habe die Möglichkeit, auf sämtliche Bücher auf dem Schreibtische

---

[11]) Rotering a. a. O.
[12]) Hälschner S. 432.
[13]) Jhering S. 483.
[14]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 65.
[15]) Rotering a. a. O.

einzuwirken, aber nur über mein Buch die tatsächliche Gewalt. Hinsichtlich der andern Bücher bleibt der Besitz dem Freunde gewahrt. Kein Unbeteiligter aber wird erkennen, daß die Bücher in verschiedenem Besitze sind, wohl aber, daß sie sämtlich besessen sind. Er weiß, daß er nicht der Besitzer ist, und um es zu werden, fremden Besitz stören muß. Dies ergibt sich daraus, daß „zum Fortbestande des einmal begründeten Besitzes genügt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht aufgegeben hat, und daß auch kein Umstand eingetreten ist, vermöge dessen die fernere Ausübung der Gewalt über die Sache als ausgeschlossen erscheint".[16]) Als Grundlage der tatsächlichen Gewalt genügt eben das Rechtsgefühl der Mitmenschen. Das räumliche Verhältnis zur Sache kann unterbrochen und damit die Erkennbarkeit der Person des Besitzers aufgehoben werden.

Diese Unterbrechung darf jedoch nicht eine erkennbar dauernde sein. Wie lange die Trennung in Wirklichkeit währt, ist gleichgültig, sie kann bis zum Tode des Besitzers währen oder nach Minuten zählen. Ein Radfahrer, der während einer halbstündigen Beschäftigung in einem Hause sein Fahrrad vor diesem stehen läßt, besitzt noch die Verfügungsgewalt darüber,[17]) ebenso wie „der Deutsche auf einer Reise in Indien Besitzer der Lachse wird, die sich in seinen Lachsfang am Rhein verirrt haben.[18])

Eine erkennbar dauernde Unterbrechung liegt aber nie dann vor, wenn der Grund dazu in der Person des Besitzers liegt, es sei denn, dieser würde dauernd besitzwillensunfähig. In allen andern Fällen ist der Besitzer entweder nur vorübergehend außerstande, über die Sache selbst realiter zu verfügen und sie zu gebrauchen, oder, wenn ihm diese Möglichkeit dauernd genommen ist, so ist er noch immer in der Lage, zum letzten Male seine Gewalt dadurch zu betätigen, daß er einem Dritten den Besitz durch Einigung überträgt. So bleibt der Schwerkranke, der auf lange Zeit ans Bett gefesselt ist, ebenso Besitzer seiner Sachen, wie der zu längerer Freiheitsstrafe Verurteilte. Selbst der zu

---

[16]) Strohal S. 61.
[17]) OLG. Dresden v. 28. 6. 1906, Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Bd. 2 S. 95.
[18]) Binding S. 243.

lebenslänglichem Zuchthause Verurteilte, der niemals wieder die Möglichkeit gewinnt, die Trennung zwischen sich und seinen Sachen, die außerhalb des Zuchthauses sich befinden, aufzuheben, bleibt Besitzer derselben, bis anderweit unter Störung seines Besitzes neuer Besitz begründet wird oder der Besitz aus anderm Grunde ihm verloren geht, vielleicht also bis zu seinem Tode. Er hat das Geld, das er durch Mord erlangt hat, im Freien vergraben, und erst auf dem Totenbette verrät er das Versteck.

d) Die Erkennbarkeit des Besitzes schwindet aber, wenn die Gefahr des Verlustes jederzeit besteht und übermäßig groß ist. Dann muß das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt geleugnet werden, denn diese „unterstellt ein solches Verhältnis zwischen mir und der Sache, daß die Gefahr ausscheidet, es möchten Dritte sich so zwischen mich und den räumlichen Gegenstand stellen, daß sie diejenigen Verfügungen hindern, welche mir belieben".[19]) Es genügt hierzu nicht eine bloße Gefährdung, die Möglichkeit des Verlustes, sondern die Lage der Sache muß so sein, daß verkehrsüblich Sicherheitsmaßregeln getroffen werden. Es können also mehrere Sachen sich in der gleichen Lage befinden und doch dauert bei der einen der Besitz fort, während er bei der andern erlischt.[20]) So bleiben die Bausteine Tag und Nacht auf offener Straße auf dem Bauplatze ohne jede Bewachung liegen, und doch wird der Besitz erhalten. Wollte ich jedoch, um die Ehrlichkeit der Menschen zu erproben, einmal einen Hundertmarkschein auf die Straße legen und mich im nächsten Hause verstecken, um zu sehen, wer ihn aufhebt, und zu prüfen, ob er ihn auf der Polizei abgibt, so hätte ich nicht erst in dem Augenblicke, wo ein anderer den Schein aufhebt, die tatsächliche Gewalt verloren. Vielmehr wäre der Verlust bereits mit dem Entfernen nach dem Legen des Scheines eingetreten. Damit war die Gefahr übermäßig groß geworden und die Erkennbarkeit der tatsächlichen Gewalt für die Mitmenschen geschwunden, da wir solchen Zweck nicht verstehen würden. Deswegen liegt darin nach allgemeiner Anschauung eine Aufgabe des Besitzes.

---

[19]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 56.

[20]) vgl. hierzu Rotering, G. A. Bd. 47 S. 253.

Nicht im Widerspruche hierzu steht der Fall, den Lukas S. 332 bespricht:

„Wenn ich ein Geldstück aus der Hand verliere und es fallen oder doch unmittelbar darauf liegen sehe, so ist es überhaupt nicht aus meinem Gewahrsam gekommen. Ich habe es fortgesetzt vor Augen gehabt und eine fremde Einwirkung verhindern können".

Beide Merkmale treffen auch auf den vorher erwähnten Fall zu. Doch hier bleibt noch immer die Erkennbarkeit des Besitzes gewahrt, denn ich bin nicht nur imstande, das körperliche Verhältnis zu dem Geldstücke sofort wiederherzustellen, sondern mein Wille wird sich auch dementsprechend betätigen. Sollte ich jedoch ruhig zusehen, wie das Geldstück liegen bleibt, so würde ich den Besitz damit verlieren, denn es entspricht nicht unsrer Verkehrsanschauung, daß Geldstücke auf der Straße liegen bleiben und der Eigentümer sich passiv dazu verhält. Erst durch dieses passive Verhalten wird die Gefahr übermäßig groß.

IV. Betrachten wir sämtliche Fälle der tatsächlichen Gewalt, so sehen wir, daß ihr Vorhandensein bejaht wird bei einem vorhandenen räumlichen oder sozialen Verhältnis zwischen Besitzer und Sache.[21]) Der Maßstab, an dem wir messen, ist das übereinstimmende Rechtsgefühl der Volksgenossen, die Verkehrsanschauung. Diese ist das Moment, das sich den veränderten Zeiten und Gegenden anpaßt. So gilt allgemein der Satz: Die tatsächliche Gewalt ist dort vorhanden, wo sie die Verkehrsanschauung bejaht. Aber der Inhalt dieses Satzes ist nach Zeit und Ort verschieden.

§ 3.

Der Besitzwille.

I. Die tatsächliche Gewalt ist nur das äußere Kennzeichen vorhandenen Besitzwillens.[1]) Besitz ohne Besitzwillen ist undenkbar, denn wir würden Besitzer ohne oder gar gegen unseren Willen

---

[21]) vgl. Spornberger, Gestaltung der Besitzverhältnisse bei einer gefundenen Sache, Diss., S. 53.

[1]) Rotering, G. A. Bd. 47 S. 254.

werden können. Erst der Wille, die Sache seiner tatsächlichen Gewalt zu unterwerfen und sie darin zu behalten, begründet die Verbindung zwischen Person und Sache. „Ob dieser Wille, zu behalten, darauf geht, für den Besitzer oder für einen Dritten, zu eignem oder zu fremdem Nutzen, rechtmäßig oder widerrechtlich zu haben und zu behalten, ist gleichgültig."[2]) Bedeutung erlangt strafrechtlich wesentlich der Unterschied, ob der Besitzer Allein- oder Mitbesitzwillen hat. Daneben kommt noch eine andere Form des Willens in Betracht, der Wille, die Sache für einen andern gegen Störung zu bewachen, der Besitzgehilfenwille (vgl. S. 35 f.).

II. a) Dieser Besitzwille erfordert nicht das Bewußtsein von dem Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt über eine bestimmte Sache. Er kann sich vielmehr generell auf alle Sachen beziehen, die sich in einer bestimmten Lage befinden oder befinden werden, er kann sonach dem Erlangen der tatsächlichen Gewalt vorangehen oder nachfolgen.[3]) Gerade die Begrenzung dieses Besitzwillens ist schwierig, die Entscheidung darüber treffen die Verkehrsanschauungen. So habe ich regelmäßig, soweit nicht ein spezieller Besitzwille vorhanden ist, den Besitzwillen generell für „alle Sachen, welche sich in meinem Zimmer, auf meinem Hofe, in meinem Magazin, in meinem Koffer, in einer Sachquantität befinden, auf alles Wild und alle Fische, welche sich in meinen Netzen, Schlingen, Reußen usw. fangen, auf alles Geld, das in den Automaten geworfen wird",[4]) „auf alle Briefe, die in meinen Briefkasten geworfen werden".[5]) Doch dieser generelle Besitzwille erstreckt sich nur auf bestimmte Gattungen von Sachen. Der Zweck der Netze, Schlingen, Reußen ist, Wild bezw. Fische zu fangen, der Zweck des Briefkastens, Briefe aufzunehmen. Gelangen andere Sachen als die, zu deren Aufnahme diese Vorrichtungen angebracht sind, in sie, so erfüllen sie ihren Zweck nicht, und der Besitzwille erstreckt sich nicht auf solche zufällig hineingelangende Sachen, z. B. auf das Taschentuch, das in eine Falle gelangt ist,

[2]) Binding S. 287.
[3]) Staudinger S. 16.
[4]) Binding S. 287.
[5]) Staudinger a. a. O.

wohl aber auf der Art nach andere Tiere, als zu deren Aufnahme sie bestimmt ist.[6]) Dagegen ist es ohne Einfluß, ob der Besitzwillensträger auch bestimmungsgemäß der Empfänger war. Werden in meinen Briefkasten fremde Briefe versehentlich eingeworfen, so werde ich doch Besitzer, da die Sachen derselben Gattung angehören. Ebenso kann es offensichtlich sein, daß mir eine Sache ganz gleichgültig ist.[7]) In diesen Fällen ist besondere Willensbetätigung zum Besitzerwerbe zu fordern.

b) Dieser Besitzwille kann auch ein subsidiärer sein, der erst dann die Sachen in seine tatsächliche Gewalt nehmen will, wenn der Vorbesitzer sie verloren hat.[8])

III. Der geforderte Besitzwille ist rein natürlich zu verstehen, er ist vollkommen unabhängig von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Geschäftsfähigkeit. Jeder, der die tatsächliche Gewalt physisch auszuüben imstande ist und der in diesem natürlichen Sinne willensfähig ist, kann daher strafrechtlich Besitzer sein. Damit scheiden sofort die juristischen Personen aus.[9]) Für diese haben ihre Organe den Besitz, nicht jeder Angestellte, es sei denn, er sei ihm ausdrücklich übertragen worden.

Wer aber von den Menschen nicht besitzfähig ist, das muß von Fall zu Fall entschieden werden. Derselbe Mensch kann sogar relativ besitzfähig sein, es kommt dabei nur auf seine geistigen Fähigkeiten an. So kann der Geschäftsunfähige, der Wahnsinnige, wie das Kind besitzfähig sein.[10]) Aber gerade bei Kindern wird sich oft die Relativität der Besitzfähigkeit zeigen. Sie sind bezüglich der Ausübung der tatsächlichen Gewalt körperlich beschränkt. Dies übt seine Wirkung auf die Besitzwillensbildung. Die Fähigkeit wird nicht weiter reichen, wird keine Sachen weiter umfassen können, als die, die sie tatsächlich ihrer Herrschaft unterwerfen können.

---

[6]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 92.

[7]) Binding a. a. O.

[8]) Binding S. 288.

[9]) Das Gegenteil gilt für das bürgerliche Recht; vgl. Turnau-Förster S. 65; Staudinger S. 17.

[10]) vgl. hierzu Binding S. 243; Staudinger S. 16; Turnau-Förster S. 63; RG. III v. 19. 6. 1880, E. Bd. 2 S. 332.

§ 4.

Der Besitz.

Tatsächliche Gewalt und Besitzwille sind die beiden einzigen dem Besitzbegriffe notwendigen Merkmale. Keines darf fehlen, kein weiteres ist erforderlich. Besitzer einer Sache ist derjenige, der sie in seiner tatsächlichen Gewalt hat und haben will. Diese Definition galt bisher, gilt heute und wird weiter gelten. „Das Wesen des Besitzes ist die Einheit des Wollens und Könnens, das Zusammentreffen dieser beiden Momente in demselben Subjekt, d. h. daß der, welcher einmal Herr einer Sache geworden ist, eben deshalb unmittelbar auf sie einwirken kann, also die willkürliche Möglichkeit der Reproduktion des unmittelbaren Verhältnisses hat, ohne daß es erforderlich ist, daß er dies wirklich tut oder tun will." [1] Nur dehnt sich diese Einheit des Wollens und Könnens mit dem Fortschreiten der Entwicklung immer weiter aus.

§ 5.

Gegenstand des Besitzes.

I. Gewalt haben kann man nur über körperliche Gegenstände, über Sachen. Ein Rechtsbesitz ist strafrechtlich undenkbar.[1] Aber die Sachen sind ohne Ausnahme besitzfähig, soweit sie überhaupt dem menschlichen Zugriffe ausgesetzt sind.

II. Es muß jedoch nicht unbedingt die ganze Sache besessen sein, vielmehr kann auch ein Teilbesitz existieren, wie ihn § 865 BGB. ausdrücklich für das bürgerliche Recht, insbesondere für Wohnräume und andere Räume, anerkennt. Auch strafrechtlich steht neben dem Besitze am ganzen Hause vollkommen selbständig der Besitz an den einzelnen Wohnungen. Das gleiche gilt für das eingemauerte Stahlkammerfach, das ich gemietet habe. Unternehme ich eine Seereise, so habe ich den Besitz an der von mir bewohnten Kabine. Durch meinen Besitz eines Teiles der Sache wird jedoch der Alleinbesitz am Hause oder am Schiffe nicht be-

[1] Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts § 14 1839.
[1] Binding S. 243.

rührt. Ich werde nicht etwa Mitbesitzer des Ganzen. Der Besitz an einem Grundstücke oder einem Schiffe ist zu zäh, als daß er durch Vermietung eines Teiles aufgehoben würde.[2])

Anders ist jedoch bei leichtbeweglichen Sachen, z. B. einem Schranke, zu entscheiden. Auch hier ist ein Teilbesitz an den einzelnen verschließbaren Schrankfächern möglich,[3]) aber die Teilbesitzer müssen zugleich Mitbesitzer des ganzen Schrankes sein. Wäre dies nicht, sondern hätte einer den Schrank im Alleinbesitz, so wären die Teilbesitzer, da natürlich der Schrankbesitzer auf Grund seines Alleinbesitzes ungehindert über den Schrank als Ganzes verfügen kann, in ihrer Einwirkungsmöglichkeit der Willkür des Schrankbesitzers ausgesetzt, d. h. sie hätten keine Verfügungsmöglichkeit. Sind sie jedoch Mitbesitzer, so kann jeder in seiner Gewalt nur durch widerrechtliches Vorgehen der andern gestört werden, sie bleiben also, da dies zunächst nicht zu erwarten ist, auch im Besitz des Schrankfachs. An den eingeschlossenen Sachen hat jeder natürlich den Alleinbesitz, da sein Wille erkennbar zwischen ihnen und jedem Dritten steht.

III. Im folgenden sind unter Sachen der Einfachheit halber stets bewegliche gemeint, falls nicht das Gegenteil gesagt ist. Allerdings beweglich in rein natürlichem Sinne, auch wenn die Sachen erst beweglich gemacht werden.

§ 6.

Besitzerwerb.

I. Aus der Definition des Besitzes ergeben sich gedanklich drei Erwerbsarten, entweder dem Erwerber fehlen noch beide wesentlichen Merkmale oder nur eines von ihnen. Doch diese drei Formen schmelzen in eine zusammen, da die tatsächliche Gewalt ein den Mitmenschen erkennbares Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache darstellt. Deshalb wird „der Besitz — regelmäßig, nicht stets — erworben durch Betägigung des Willens, die Sache der eignen tatsächlichen Herrschaft zu unterwerfen“,[1]) anders ausge-

[2]) vgl. Strohal S. 107.

[3]) Ebenso BGB., Staudinger S. 46.

[1]) Binding S. 287.

drückt, „durch eine Handlung, vermöge deren die Person zur Sache in ein Verhältnis tritt, sie beherrschen zu können, und ihren Willen kund tut, sie beherrschen zu wollen".[2]) Es muß also eine äußerlich erkennbare Beziehung hergestellt werden,[3]) das Nebeneinander von Besitzwille und Einwirkungsmöglichkeit genügt nicht. Daß eine Verbindung zwischen Person und Sache besteht, ist bis zur Kundgabe eine Tatsache des Innenlebens und als solche für die Außenwelt unverbindlich. Es genügt aber jede Form der Willenskundgebung, wenn sie nur die geforderte Verbindung bei vorhandener Verfügungsmöglichkeit erkennen läßt. Hierbei sind natürlich die Umstände zu berücksichtigen. Dieselbe Handlung kann zum Besitzer machen, muß es aber nicht. Wenn ich in einer Ausstellung eine Sache in die Hand nehme, so tue ich dies annehmbarerweise, um sie zu betrachten und dann wieder hinzustellen. Will ich Besitz erwerben, so muß ich diesen Willen weiter betätigen, etwa durch Einstecken. Gehe ich jedoch in einen Laden, nehme einen Kaufgegenstand in die Hand und lege das Geld dafür auf die Ladentafel, so habe ich Besitz erlangt.[4])

II. Von dieser allgemeinen Regel gibt es zwei Ausnahmen:

a) Ohne besondere Betätigung des Besitzwillens wird Besitz an den Sachen erworben, die aus einer bereits besessenen Sache als neue entstehen. Dies kann geschehen durch teilweise oder völlige Zerstörung der alten Sache — Ziegel werden durch den Sturm vom Dache des Hauses auf die Straße geworfen —, oder dadurch, daß die alte Sache ihre bestimmungsgemäßen Früchte trägt. So wird der Besitzer des Tiergartens ohne weiteres Besitzer der Jungen, der Besitzer des Huhns Herr des Eies, aber auch der Besitzer des Apfelbaumes Besitzer der Äpfel, die in seinen Garten fallen.[5])

Ausnahmen können natürlich auf Grund besonderer Verhältnisse vorkommen („Verlegen" des Huhnes).

b) „Ohne unser Wissen und Zutun erwerben wir sodann zweifellos Besitz, wenn jemand, der uns ohne unser Wissen Besitz

---

[2]) Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 284.

[3]) Windscheid-Kipp S. 760.

[4]) Strohal S. 68.

[5]) Kretzschmar S. 15; Strohal S. 72.

entzogen hat, späterhin den Zustand wiederherstellt, auf welchem unser Besitz vor erfolgter Entziehung beruhte."[6]) Der Besitzerwerb erfolgt in diesen Fällen auf Grund des Fortbestehens des *speziellen* Besitzwillens. Insofern unterscheiden sie sich von den Fällen, wo ich auf Grund *generellen* Besitzwillens ohne Wissen und Zutun erwerbe. Deshalb darf der Besitzer nicht in der Zwischenzeit den Besitzverlust gemerkt und den Besitzwillen aufgegeben haben.

Der Grund der Anerkennung dieses Besitzerwerbs liegt in der vollkommenen Aufhebung der Unterbrechung. Die Sachlage ist die gleiche wie vorher und als solche für jeden Dritten erkennbar. Z. B. wenn jemand Schwemmholz sich aneignet, dann aber wieder ins Wasser wirft, wenn man Ackergerätschaften vom Felde stiehlt, aber vor Morgengrauen wieder zurückschafft.

III. Eine Einteilung des Besitzerwerbs läßt sich mit Rücksicht auf den Vorbesitzer treffen. Der Unterschied zwischen originärem und derivativem Erwerbe macht sich geltend.

Beim einseitigen Besitzerwerb soll durch die Handlung des Erwerbers neuer Besitz begründet werden, soll der Mitwelt offenbart werden, daß eine bestimmte Sache nunmehr in den Gewaltbereich einer Person fällt. Es ist natürlich, daß die Verkehrsanschauung ein gewisses Maß positiver Tätigkeit verlangt, um sagen zu können, auf Grund dieses Tuns ist neuer Besitz entstanden. So genügt es nicht, wenn ich mich in die Nähe einer verlorenen Sache stelle und sage, ich nehme sie in Besitz, ich muß vielmehr die Sache mit Händen ergreifen oder mit Füßen betreten. Aber selbst dies ist in manchen Fällen nicht ausreichend, wenn sich aus den Umständen nicht ergibt, daß die Handlung ein Ausfluß des Besitzwillens ist, so, „wenn ich in einer Ausstellung Gegenstände in die Hand nehme, um sie zu betrachten, wenn ich einen Stein ergreife und damit nach den Früchten werfe, die an einem Baume hängen".[7]) Wohl aber erwerbe ich die gefallenen Früchte, ohne daß ich sie ergreife, denn mein Besitzwille hat sich durch das Werfen nach

---

[6]) *Strohal* a. a. O.

[7]) *Heß*, Besitzdiener des § 855 BGB., Diss., S. 14; vgl. den ähnlichen Fall des RG. v. 5. 1. 1880, E. Bd. 1 S. 289.

ihnen genügend offenbart. Anderseits ist es aber nicht unbedingt erforderlich, daß ich Kenntnis von der Sache habe. Mir wird eine Sache in den Mantel gesteckt, ich ziehe den Mantel an und lege ihn anderswo wieder ab, ohne die Sache zu bemerken.[8]) Ich habe schon damit den Besitz erworben, denn mein genereller Besitzwille hat sich erkennbar betätigt.

Eine günstigere Stellung hat der Erbe hinsichtlich der Nachlaßsachen. Man wird von ihm nicht hinsichtlich jeder Sache eine besondere Besitzergreifungshandlung fordern können, sondern es muß der offenbarte Wille, in die Rechtsposition des Erblassers in vollem Umfange einzutreten, genügen. Insoweit kann man von einer Sukzession in den Besitz sprechen.[9])

Wieviel positives Tun zum Besitzerwerb gehört, läßt sich beim Erwerb gegen oder ohne den Willen des Vorbesitzers daraus erkennen, daß die Handlung geeignet sein muß, den früheren Besitz zu beenden. Dazu ist erforderlich, daß sie den Zweck erkennen läßt, den sie verfolgt. Weil dies nicht der Fall ist, erwerbe ich z. B. nicht den Besitz an einem Gegenstande, der mir zur Besichtigung in die Hand gegeben wird, schon damit, sondern erst, wenn ich ihn etwa einstecke.[10])

Dieser Besitzerwerb gegen oder ohne den Willen des Vorbesitzers ist die Wegnahme im Sinne von § 242 StGB.[11]) Das Angriffsobjekt ist die tatsächliche Gewalt.[12]) Die vorhandene oder zukünftige Einwirkungsmöglichkeit soll dem Besitzer geraubt werden. So ist der Besitz von dem Diebe erworben „in dem Augenblicke, wo zwischen die Sache und den Herrscherwillen des bisherigen Besitzers die jenen Willen verneinende und seine Be-

---

[8]) Strohal S. 72.

[9]) Binding S. 245.

[10]) Kretzschmar S. 16.

[11]) RG. III v. 23. 11. 1905, JurW. Bd. 35 S. 245; Olshausen S. 909 und die dort Zitierten.

[12]) Im Gegensatze hierzu bildet das Angriffsobjekt beim Betruge, wenn man nach der herrschenden Ansicht den Besitz als Vermögensvorteil auffaßt — zu erörtern, ob dies richtig ist, dürfte zu weit führen —, gerade der Besitzwille. Durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen soll der Besitzer bewogen werden, seinen Besitzwillen aus der Sache zurückzuziehen und freiwillig auf die tatsächliche Gewalt zu verzichten.

tätigung ausschließende tatsächliche Herrschaft des Diebes oder seines Stellvertreters getreten ist“[13]) (Apprehensionstheorie). Dazu ist nicht erforderlich, daß die Sache aus dem Herrschaftsbereiche des Vorbesitzers entfernt wird. RG. III v. 21. 5. 1906, Recht Bd. 10 S. 869, hat z. B. in einem Falle, „in dem die Täter Röhren aus einem Schuppen herausgeholt und sie zum bequemeren Weitertransport auf dem Grundstücke des Bestohlenen zu zerkleinern versucht hatten“, angenommen, daß „die Täter, als sie sich zur Zerkleinerung der Röhren anschickten, diese bereits in ihre Verfügungsgewalt gebracht und dem Gewahrsam des früheren Inhabers entzogen hatten“. Denn erkennbar hatten die Täter die ungestörte Verfügungsmöglichkeit erlangt; daß sie noch auf dem Grundstücke blieben, war ihr freier Wille. Dagegen genügt nicht das Verstecken einer Sache, um sie später wegzubringen, „denn wenn auch der Täter durch das Verstecken dem Berechtigten die Möglichkeit entzogen hat, so auf die Sache einzuwirken, wie es die Gewohnheit des Lebens mit sich bringt, so hat er doch selbst diese Möglichkeit noch nicht erworben“.[14]) Dazu kommt, daß die Verfügungsmöglichkeit normalerweise nur vorübergehend unterbrochen sein wird, da sie durch Suchen wiederhergestellt werden kann.[15])

In allen Fällen des einseitigen Besitzerwerbs wird eine körperliche Besitzergreifungshandlung verlangt, sonst läßt sich der entstandene Besitz nicht erkennen. Aber dieses Ergreifen braucht nicht persönlich, sondern kann auch durch andre Kräfte geschehen, z. B. einen abgerichteten Hund[16]) oder auch einen besitzwillensunfähigen Menschen. Tut es ein andrer Mensch, so erwirbt dieser den Besitz, mindestens den Mitbesitz, und der Dieb wird Alleinbesitzer erst durch Übertragung, denn ein Besitzerwerb durch Stellvertreter derart, daß der Stellvertreter gar keinen Besitz erwirbt, ist nicht möglich.

---

[13]) Binding S. 292.

[14]) Frank S. 384.

[15]) Allerdings ist eine andere Entscheidung auf Grund besonderer Verhältnisse nicht unmöglich; vgl. RG. III v. 9. 7. 1885, E. Bd. 12 S. 353; RG. I v. 2. 7. 1906, JurW. Bd. 35 S. 787; Binding S. 293.

[16]) Frank S. 385.

IV. Die häufigste Form des Besitzerwerbs ist jedoch die zweiseitige, die Besitzübertragung.

a) Es kann nun sein, daß dem Besitzerwerber vorher der Zugriff zur Sache unmöglich war, daß er nicht über sie verfügen konnte. Dann erwirbt er erst mit der Einräumung des Besitzes auch die Verfügungsmöglichkeit. Voraussetzung für den zweiseitigen Besitzerwerb ist natürlich, daß zwischen den Beteiligten eine Willenseinigung stattgefunden hat hinsichtlich der Übertragung. Meist wird es sich um einen Erwerb von Hand zu Hand handeln. Jedoch die gleiche Form des Besitzerwerbs ist es auch, wenn ein Brief in den Briefkasten meiner Wohnung geworfen, wenn Bücher für mich in meiner Abwesenheit abgegeben werden. Selbst wenn Bücher abgegeben werden, die ich nicht bestellt habe, so erwerbe ich den Besitz durch Übertragung, denn mein Wille erstreckt sich auf alle Bücher ohne Ausnahme, die bei mir abgegeben werden, und der Vorbesitzer wollte mir gerade die Bücher übergeben, wenn er auch der Ansicht war, es seien andre oder bestellte.

b) In vielen Fällen aber haben Besitzer und Erwerber die Möglichkeit, über die Sachen zu verfügen. Dann genügt die Willenseinigung zwischen beiden. Es ist erkennbar, daß die Sache besessen ist; von wem, braucht nicht zu ersehen zu sein. Es kann sich also ein Wechsel in der Person des Besitzers vollziehen, ohne daß dies für Dritte sichtbar wird.

Diese Willenseinigung setzt aber voraus, daß die Parteien darüber einverstanden sind, der Besitz solle ohne förmliche Besitzergreifung seitens des Erwerbers übergehen.[17]) Damit zieht sich der Wille des Besitzers aus der Sache zurück, seine tatsächliche Gewalt mindert sich zur Verfügungsmöglichkeit. Umgekehrt verwandelt sich die Verfügungsmöglichkeit des Erwerbers in tatsächliche Gewalt. Die Kontinuität des Besitzes befreit ihn von einer besonderen Tätigkeit, um seinen Besitz der Mitwelt kundzutun.[18])

Eine besondere Form für den Besitzübergang ist nicht erforderlich. Die Sache braucht nicht in der Nähe zu sein. Es kann

---

[17]) Kretzschmar S. 17.

[18]) Windscheid-Kipp S. 784.

der Waldeigentümer den Besitz an den frei im Walde liegenden Stämmen in seinem Stadtkontor übertragen. Diese Willenseinigung kann, aber muß nicht, durch eine symbolische Handlung begleitet sein, z. B. der Schlüsselübergabe.[19]) Sie kann sich auf eine Sachgemeinschaft, z. B. das gesamte Inventar eines Ladens erstrecken.

Die Voraussetzung aber ist, um dies zu wiederholen, das Vorhandensein der Verfügungsmöglichkeit.[20]) So kann die Willenseinigung z. B. nicht den Besitzübergang bewerkstelligen, wenn der Antiquar A in der Straßenbahn an B ein in seinem Lager befindliches Buch verkauft und erklärt, daß jetzt Eigentum und Besitz übergehe.[21]) Ebenso hat Oberlandesgericht Breslau III v. 15. 1. 1902 (RJLG. Bd. 5 S. 150) das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt geleugnet in einem Falle, wo Stämme auf einem Holzlagerplatze von den übrigen ausgesondert und mit dem Zeichen des Käufers versehen worden waren, die Stämme aber auf dem Platze liegen blieben, weil sie dadurch nicht dem Käufer jederzeit zugänglich waren, da der Platz außerhalb der Geschäftsstunden oder wenigstens während der Nachtzeit verschlossen sei.

c) Strittig ist nun, ob zur Besitzübertragung Geschäftsfähigkeit der Parteien gefordert werden muß.

Nach bürgerlichem Rechte bedeutet der Besitz nicht nur eine natürliche Tatsache, sondern zugleich eine Rechtsstellung, an die gewisse rechtliche Folgen geknüpft sind. Derjenige, der nach bürgerlichem Rechte den Besitz übertragen will, muß sich also auch bewußt sein, daß er eine günstige Rechtsposition aufgibt. Deshalb setzt die Besitzübertragung eine Einigung zwischen den Beteiligten voraus des Inhalts, daß der Besitz mit seinen Rechtsfolgen vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen soll. Diese Einigung, die nicht nur im Falle des § 854 Abs. 2 BGB. vorliegen muß, ist ein dinglicher Vertrag. Damit ist auch gesagt, daß die Vorschriften über Rechtsgeschäfte nach bürgerlichem Rechte in Betracht kommen, also auch die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit

---

[19]) Kretzschmar a. a. O.
[20]) Das gleiche gilt für BGB.
[21]) Strohal S. 88.

Es können demnach Wahnsinnige und Kinder weder Besitz durch Übertragung aufgeben noch erwerben.[22])

Hingegen ist strafrechtlich der Besitz rein realistisch aufzufassen, ohne Rücksicht auf die zivilrechtlichen Verhältnisse. Dem allein entspricht es, wenn man den Besitzwillen nur danach beurteilt, ob er natürlich vorhanden ist oder nicht. Irgendwelche Vorschriften des bürgerlichen Rechts sind hierfür irrelevant, die Entscheidung ist durchaus quaestio facti.[23]) Aber wenn ein Mensch Besitzwillen haben kann, so kann er auch den Besitzübertragungswillen haben. Die Besitzwillensfähigkeit schließt regelmäßig als das Minus die Fähigkeit, den Besitzübertragungswillen zu fassen, in sich.[24]) Allerdings ist zu beachten, daß Ausnahmen vorkommen können. Es läßt sich sehr wohl der Fall denken, daß ein Kind sich des Inhalts seiner Handlung nicht bewußt ist, daß es die natürliche Tragweite derselben nicht faßt. Dann ist es eben ad hoc unfähig, den Besitzübertragungswillen zu fassen, obwohl es besitzfähig ist. Der Besitz geht ihm natürlich auch verloren, aber es ist Besitzverlust event. Besitzentziehung, nicht Besitzaufgabe.

Dem stehen aber alle die Fälle gegenüber, wo der Besitzer zwar nicht geschäftsfähig im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, aber doch sich seiner Handlung bewußt ist. So weiß der, der an Querulantenwahnsinn leidet, ebenso genau, was er tut, wie das sechsjährige Kind, wenn es für Geld etwas kauft und das Geld dem andern in die Hand gibt, daß er es behalte. Der andere erwirbt nicht originär, sondern derivativ den Besitz. Dagegen kann auch sehr wohl ein sonst geschäftsfähiger Mensch vorübergehend infolge Deliriums oder Fiebers zur Besitzübertragung unfähig sein.[25]) Wie die Entscheidung über das Vorhandensein des Besitzwillens, so ist auch die Entscheidung über das Vorhandensein der Fähigkeit zum Besitzübertragungswillen bei einem Geisteskranken oder Kinde quaestio facti. Der Besitzerwerb ist einseitig,

---

[22]) Turnau-Förster S. 63, 64; Staudinger S. 17; Windscheid-Kipp S. 785.

[23]) vgl. oben S. 10.

[24]) RG. III v. 19. 6. 1880, E. Bd. 2 S. 332f.

[25]) Windscheid-Kipp S. 784.

wenn die Tradition dem Tradenten nicht zum Willen zugerechnet werden kann, sonst ist er zweiseitig.[26])

Nicht erforderlich ist, daß der Besitzübertragende sich der rechtlichen Bedeutung seiner Handlung bewußt ist. Es ist vielmehr genügend, wenn er sich klar machen kann, daß er durch seine Handlung sich der Möglichkeit beraubt, weiter frei über die Sachen verfügen zu können, daß er eine Schranke zwischen sich und der Sache aufrichtet. Daß und welche Rechtsfolgen sich an seine Handlung knüpfen, braucht ihm nicht zum Bewußtsein zu kommen.[27])

§ 7.

Das Verhältnis der unbesessenen Sachen zum Menschen.

Unbesessene Sachen können in vierfacher Beziehung zum Menschen stehen.[1])

I. Sie sind noch *nie in menschlichem Besitze gewesen*, wie das Wild im freien Walde, die Fische in offener See.

II. a) Die Sachen sind *verloren*, d. h. der Besitzer hat die tatsächliche Gewalt über sie unfreiwillig eingebüßt. Dies kann dadurch geschehen, daß dem Besitzer der Aufenthaltsort unbekannt oder dauernd unzugänglich ist. Mir fällt mein Geldtäschchen bei einem Spaziergang, ohne daß ich es merke, aus der Tasche, oder es fällt in einen unzugänglichen Abgrund. Der Ort, wo sich die verlorene Sache befindet, muß jedoch außerhalb der dem Besitzer unterworfenen Räumlichkeiten liegen. Denn nach der Verkehrsanschauung unterliegen alle Sachen im Zimmer der tatsächlichen Gewalt des Zimmerbesitzers und werden von dessen generellem Besitzwillen umfaßt, „sofern nicht ein Dritter an einzelnen von ihnen vermöge besonderen Verhältnisses dazu eine den Inhaber der Räumlichkeit zurückdrängende Macht ausübt oder sofern nicht

---

[26]) Vers. A. RG. a. a. O.; Merkel, H. H. S. 644; Olshausen S. 906 und die dort Zitierten.

[27]) And. A. Binding, Handb. S. 714, Lehrb. S. 291.

[1]) Zu der Einteilung vgl. Binding S. 290.

eine Dereliktion innerhalb der eigenen Räumlichkeiten stattgefunden hat".[2])

Diese allgemeine Regel läßt Lukas (S. 332) für folgenden Fall nicht gelten:

„A verliert in seinem Zimmer ein Zehnmarkstück, das beim Geldzählen auf den Fußboden fällt, fortrollt und trotz allen Suchens nicht zu finden ist. A sagt dies seinem Dienstmädchen und beauftragt dieses, beim Aufräumen nach dem Geldstück zu suchen. Das Dienstmädchen sucht und findet schließlich die Münze in einer Dielenfuge, behält sie aber und sagt ihrem Herrn, sie habe sie nicht gefunden".

Er hält das Dienstmädchen der Unterschlagung schuldig mit der Begründung: „An und für sich befindet sich alles, was im Zimmer ist, in dem Gewahrsam des A als Wohnungsinhabers. Dies setzt aber voraus, daß er jederzeit in der Lage ist, die tatsächliche Innehabung über die im Zimmer befindlichen Gegenstände auch wirklich auszuüben. Was zwar im Zimmer ist, was ich indes nicht imstande bin, zu ergreifen, und worüber ich die tatsächliche Herrschaft nicht auszuüben vermag, weil es verborgen liegt und ich nicht weiß, wo es sich befindet und ob es mir überhaupt noch erreichbar sein wird, das kann ich unmöglich besitzen".

Diese Ansicht geht m. E. fehl, denn es ist durchaus nicht erforderlich, daß ich jederzeit in der Lage sein muß, über die Gegenstände meine Herrschaft ausüben zu können. Nur darf die vorhandene Unmöglichkeit nicht eine ihrer Natur nach dauernde sein.[3]) Dies trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu, denn das Zehnmarkstück ist ein so großer Gegenstand, daß er sich in einem Zimmer normalerweise — und nur von normalen Verhältnissen können wir ausgehen — stets wiederfinden läßt. Die Verfügungsunmöglichkeit ist also nur eine vorübergehende, die sich durch erneutes Suchen, wenn das erste Mal der Erfolg ausgeblieben ist, beheben läßt.

Anders würde zu entscheiden sein, wenn es sich um einen mikroskopisch kleinen Körper handelte. Dann wäre das Raum-

---

[2]) Olshausen S. 906; RG. III v. 3. 5. 1897, E. Bd. 30 S. 88; Binding S. 290.

[3]) Windscheid-Kipp S. 802.

verhältnis zwischen dem Zimmer und dem Körper ein so großes, daß das Finden eine reine Zufälligkeit bedeuten würde. Hier wäre die Einwirkungsmöglichkeit der Natur nach endgültig verloren. Insoweit ist also, abgesehen von der Dereliktion, noch ein Besitzverlust innerhalb der eignen Räumlichkeiten möglich.

b) Ein Besitzverlust tritt auch nicht unbedingt damit ein, daß die Sache in den Machtbereich eines andern kommt. Das Hindernis ist oft nur ein vorübergehendes, so z. B. wenn ein Junge seinen Ball in den fremden Garten wirft, wenn ein Haustier auf fremden Boden gelangt ist. In diesen Fällen ist der Besitzer des Gartens zivilrechtlich gemäß § 867 BGB. verpflichtet, die Wegschaffung der Sache zu gestatten. Da aber zu erwarten ist, daß er seine gesetzliche Duldungspflicht erfüllt, daß er sich also nicht zwischen den Herrn und seine Sache stellt, so können wir die Fortdauer des Besitzes annehmen. Erst mit seiner Weigerung, die Wegholung zu erlauben, geht der Besitz verloren, denn wider seinen Willen dürfen wir das Grundstück nicht betreten, unsere Sache wird uns damit dauernd unzugänglich. Aber damit ist nicht gesagt, daß nun der Grundstücksbesitzer auch Besitzer dieser Sache wird. Seine Weigerung kann nur zum Inhalt haben, daß er das Betreten des Gartens nicht dulden will. Was aus dem hereingeworfenen Balle wird, kann ihm ganz gleichgültig sein. Der Besitz des Gartens als eines offenen Grundstücks verschafft ihm nicht ohne weiteres den Besitz der auf demselben befindlichen Sachen.[4])

Eine Ausnahme hiervon bilden die Früchte, die von einem Baume auf ein Nachbargrundstück, das nicht im öffentlichen Gebrauche steht, fallen. Diese Früchte gelten gemäß § 911 BGB. als Früchte des Nachbargrundstücks, das Verfolgungsrecht des § 867 BGB. besteht nicht. Sie werden daher als im Besitze des Herrn des Nachbargrundstücks zu gelten haben,[5]) zumal dem Nachbar sein Eigentumsrecht an diesen Früchten bekannt sein wird.

Anderseits kann sich beim entflogenen Bienenschwarm der Besitzverlust noch weiter hinausschieben, da nach § 962 BGB. der

---

[4]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 83.

[5]) Staudinger S. 226.

Eigentümer ohne weiteres fremde Grundstücke betreten, ja sogar fremde, nichtbesetzte Bienenwohnungen öffnen darf.

c) Den verlorenen Sachen gleichzustellen sind die Haustiere und die gezähmten Tiere, die entlaufen und die Gewohnheit, zurückzukehren, aufgeben oder die den Heimweg nicht wiederfinden. Allein das Entlaufen genügt nicht,[6]) weil dies nur eine vorübergehende Einwirkungsunmöglichkeit bedeutet. Die wilden Tiere sind stets unbesessen, solange sie herrenlos sind. Sind sie aber im Eigentume, so kann der Besitz an ihnen doch schon wieder verloren gegangen sein, trotzdem der Eigentümer sie verfolgt und sich dadurch gemäß § 960 BGB. sein Eigentum wahrt, wenn die tatsächliche Gewalt nach den allgemeinen Grundsätzen untergegangen ist.

III. Die Sachen sind besitzverlassen. Der Unterschied zu den verlorenen Sachen besteht in der Freiwilligkeit der Besitzaufgabe, wenn diese auch, durch die Verhältnisse bedingt, oft eine sehr unfreiwillige ist, wie das Verlassen eines Schiffes in Seenot. Besitzverlassen sind auch alle Sachen, die derelinquiert werden, wo die Besitzaufgabe zugleich das Zeichen der Eigentumsaufgabe ist. Während beim Besitzverlust die tatsächliche Gewalt zunächst beendet wird, zieht sich hier der Besitzwille aus der Sache zurück.

Als besitzverlassen sind auch die verlegten Sachen anzusehen, wenn der Besitzer, weil er sie nicht auffinden kann, seinen Besitzwillen fallen läßt (vgl. S. 25).

IV. Besitzentzogen werden die Sachen dem Besitzer durch seinen Tod oder durch Verlust der Besitzwillensfähigkeit, nicht durch höhere Gewalt. Diese bewirkt nur Besitzverlust gegen den Willen des Besitzers.

Erbschaftssachen sind also oft kürzere oder längere Zeit unbesessen, so daß an ihnen kein Diebstahl, sondern nur Unterschlagung begangen werden kann. Diese Ansicht hat auch RG. III v. 17. 3. 1884, E. Bd. 10 S. 257, und RG. II v. 19. 4. 1901, E. Bd. 34 S. 252, ausgesprochen. Auch ist hierauf § 857 BGB. ohne jeden Einfluß geblieben, denn daß nach bürgerlichem Rechte die Rechts-

---

[6]) Olshausen S. 9 6 und dort zit. RG. II v. 13. 2. 1891, E. Bd. 21 S. 341; Frank S. 384; Windscheid S. 802.

stellung eines Besitzers auf den Erben im Augenblicke des Todes übergeht, ist ohne Bedeutung dafür, ob der Erbe tatsächlich schon Besitzer ist.[7])

Diese Tatsache kann praktisch zu unannehmbaren Resultaten führen, denn der schwerste Einbruchsdiebstahl kann zur Unterschlagung werden, wenn der Besitzer kurz zuvor verstorben ist, ohne daß inzwischen ein andrer hätte Besitz ergreifen können. Allerdings wird sich in vielen Fällen, wie auch RG. in E. Bd. 10 S. 261 anregt, feststellen lassen, daß „der im Sterberaum vorhandene Nachlaß eines Defunkten vom Augenblicke desselben bis dahin, wo die entfernten Angehörigen oder Erben des Verlebten oder das Gericht den Nachlaß in Verwahrung nehmen, von den zur Wartung und Pflege angenommenen, beim Sterbefalle anwesenden Personen in Gewahrsam genommen sei". Aber dies schützt nicht den ganzen Nachlaß des Erblassers und insbesondere nicht gegen diese Personen selbst, z. B. wenn die Krankenpflegerin dem Verstorbenen gleich nach Eintritt des Todes den Ring vom Finger zieht.

Es läßt sich vielleicht deshalb die Frage anregen, ob die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung nicht dahin zu ziehen sei:

> Unterschlagung = Aneignung von beweglichen Sachen, die der Verbrecher in Besitz hat;
>
> Diebstahl = Aneignung von beweglichen Sachen, die er nicht in Besitz hat.

Allerdings würden dadurch alle Fälle der Fundunterschlagung zum Funddiebstahl, denn dem Diebstahl wäre der Diebsgriff nicht mehr wesentlich.

Andernfalls müssen die Strafbestimmungen für die Unterschlagung derartige werden, daß diese Fälle ihrer Schwere entsprechend geahndet werden können, oder durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung müßte die Wirkung des Besitzwillens über den Tod hinaus bis zu dem Zeitpunkt erstreckt werden, wo normalerweise ein Besitzberechtigter den Nachlaß in Besitz nehmen kann. Dieselbe Fortdauer müßte dann auch für verlorene Sachen gelten,

---

[7]) Olshausen S. 907; Lukas S. 329; Binding S. 245.

die der Verbrecher als solche nicht erkennt, sondern als besessene ansieht.

V. Nicht zu den unbesessenen Sachen gehören:

a) Die verlegten Sachen.

Verlegt ist eine Sache, „von der ihr Inhaber zwar weiß, daß sie innerhalb gewisser ihm zugänglicher Räume, aber nicht, an welcher bestimmten Stelle sie sich befinde, obwohl ihm solches früher bekannt war".[8])

Analog den verlegten Sachen ist der Fall bei Lukas S. 332 (vgl. oben S. 21) und der des RG. II v. 18. 1. 1881, E. Bd. 3 S. 202, zu beurteilen.

Das Wesentliche ist, wie das Reichsgericht a. a. O. ausführt, „daß die Gegenstände . . . in Beziehung auf die physische Möglichkeit, mit Ausschließung anderer darüber zu verfügen, namentlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit, solche jederzeit durch Aufsuchen und Wiederaufnahme an die frühere Stelle zurückzubringen (und ein etwaiges Verbot gegen Dritte, ohne Einwilligung der Behörde Gegenstände zu entfernen), eine Veränderung nicht erlitten hatten".

b) Die vergessenen Sachen. Im Gegensatze zu den verlegten dürfen sich die vergessenen Sachen nicht in den eigenen Räumlichkeiten des Besitzers finden, dafür aber muß ihm der Verbleib derselben bekannt sein. Stehen aber keine äußeren Hindernisse entgegen, bleibt ihm der Besitz erhalten,[9]) so wenn ich mein in einem frei zugänglichen Hofe eingestelltes Fahrrad versehentlich stehen lasse. Aber selbst, wenn ich meinen Mantel in einer allen frei zugänglichen Räumlichkeit — in der Gaststube eines Wirtshauses, auf den Gängen eines öffentlichen Gebäudes — hängen lasse, und wenn die Gaststube oder das Gebäude abgeschlossen werden, geht mein Besitz damit nicht unter, denn das Hindernis des Verschlusses bedeutet seiner Natur nach wegen der Zweckbestimmung der Räume nur ein vorübergehendes.[10]) Das gleiche gilt, wenn ich eine Sache im Eisenbahnwagen liegen lasse und nun sofort durch Bahntelegramm darüber verfüge,[11]) oder wenn

[8]) Olshausen S. 907.

[9]) Frank S. 384; Olshausen S. 907.

[10]) Merkel, H. H. S. 637, 3.

[11]) RG. V v. 22. 5. 1906, E. Bd. 38 S. 444; and. A. Frank S. 384.

ich eine Sache auf dem Bahnhofe stehen lasse. Allerdings wird in der Regel, wenn das Vergessen der Sache bemerkt worden ist, der Gastwirt bezw. der Staat Besitz ergreifen, sein Besitzwille ist insoweit subsidiär.[12])

Anders verhält es sich jedoch, wenn ich meinen Mantel oder sonst einen Gegenstand in den Räumen einer Privatperson vergesse. In diesen Fällen geht mein Besitz verloren, selbst wenn ich weiß, wo ich die Sache gelassen habe, denn in dem Augenblicke, wo sich die Türe hinter mir schließt, verliere ich die tatsächliche Gewalt über die zurückgelassene Sache. Gewalt und Wille des Besitzers des Raumes trennen mich von der Sache, nur wenn er es gestattet, kann ich wieder die Sache meiner Herrschaft unterwerfen. Der Unterschied zu den vorher erwähnten Fällen liegt nur in der Zweckbestimmung der Räume. Das Betreten der Gastwirtschaft, des öffentlichen Gebäudes steht jedermann ohne weiteres frei, das Betreten einer Privatwohnung erfordert die Einwilligung ihres Inhabers.

Die Sachen werden jedoch damit nicht unbesessen, sondern es tritt nur ein Besitzwechsel ein, denn sie unterliegen der tatsächlichen Gewalt des Wohnungsinhabers und werden von seinem Besitzwillen umfaßt.

c) Die versteckten Sachen. Es ist ja der Zweck des Verbergens der Sachen der, daß der Besitz eine größere Sicherheit erlange.[13]) Auf diese Weise kann auch innerhalb des Machtbereiches eines andern ein besonderer Besitz begründet werden, wenn nicht der Zugang von dem Willen des andern vollkommen abhängt, z. B. wenn der Wilderer im Walde sein Gewehr versteckt.[14])

§ 8.

Der Mitbesitz.

I. Besitzwille und tatsächliche Gewalt hinsichtlich derselben Sache muß nicht nur bei einer Person vorhanden sein, sondern

[12]) Binding S. 288.

[13]) Olshausen S. 907.

[14]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 83; vgl. S. 16 dieser Abhandlung.

kann auch bei mehreren zusammentreffen. Allerdings muß dann stets die tatsächliche Gewalt in ihrer Ausübung eine beschränkte sein, da andernfalls, wenn bei einem die unbeschränkte tatsächliche Gewalt wäre, für die andern die reale Unterlage ihres Besitzes und damit dieser selbst fehlen würde.

Die Beschränkung kann nun einerseits in der Verfügungsmöglichkeit, andrerseits im Besitzwillen liegen. Daraus ergibt sich, daß zum Eintritte des Mitbesitzes nicht unbedingt eine Willenseinigung der Mitbesitzer erforderlich ist, sondern nur dann, wenn beide die unbeschränkte Einwirkungsmöglichkeit haben. Es kann auch Mitbesitz entstehen dadurch, daß der Alleinbesitzer in seiner Einwirkungsmöglichkeit beschränkt wird; dann kann er seinen Alleinbesitzwillen behalten und ist doch nur Mitbesitzer.[1] „Es besteht aber beim Mitbesitze nicht eine einzige unter den Mitbesitzern in Teile zerlegte Sachherrschaft, sondern eine Mehrheit von Sachherrschaften, jeder Mitbesitzer ist Ganzbesitzer, ist Gewaltherr."[2] Die Beschränkung liegt in der Ausübung, in der Nutzung der Sache. Wie weit in dieser Beziehung der eine Mitbesitzer gehen darf, ohne das Recht des andern zu verletzen oder seinen Besitz ganz zu zerstören, entscheidet sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse und nach den allgemeinen Grundsätzen über den Besitz.

II. Der Regelfall des Mitbesitzes wird der sein, daß sich die Mitbesitzer geeinigt haben. Dieser erforderliche Mitbesitzwille richtet sich stets darauf, alle Personen, mit Ausnahme der andern Mitbesitzer, von der Sache auszuschließen. Somit kann durch Wegfall der andern Mitbesitzer, sei es durch Tod oder andre Weise, sich der Mitbesitz in Alleinbesitz verwandeln, ohne daß es einer Änderung des Willensinhaltes, die durch Kenntnis vom Wegfalle der andern bedingt wäre, beim zurückbleibenden bedarf.

Es kann aber auch einem der Mitbesitzer zeitweise sein Besitz ohne sein Wissen entzogen werden, wenn der andere die Sache aus seiner tatsächlichen Gewalt entfernt. Zwei Eigentümer haben z. B. ein gemeinsames Pferd, das in einem beiden zugänglichen

---

[1] Binding S. 288.

[2] Wolf in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 158.

Stalle steht. Der eine reitet das Pferd aus und wird dadurch Alleinbesitzer, stellt es dann aber wieder in den Stall ein. Sofort ist wieder der Mitbesitz entstanden, ohne daß es etwa einer besonderen Handlung seitens des zeitweise Entsetzten bedürfe.

Es bleibt nicht ohne Einfluß auf den Mitbesitz die rechtliche Stellung, die die Mitbesitzer zur Sache einnehmen:

a) Sie können vollkommen gleichberechtigt sein. So besitzen „zwei Miteigentümer ihr in einem gemeinsamen Stalle stehendes Pferd, zwei Chefs einer offenen Handelsgesellschaft alle Waren auf ihrem Lager, zwei Postbeamte, die zusammen die Gepäckbeförderung unter sich haben, alle Stücke im Geschäftsraume, mehrere Gemeindepfleger den Inhalt der Gemeindekasse, wenn jeder einen Schlüssel hat, der allein genügt".[3]) Jeder Mitbesitzer hat in diesen Fällen die an sich nur durch seinen Willen beschränkte Verfügungsmöglichkeit. Sie wird allerdings bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile auch vorübergehend realiter eingeschränkt.

b) Die Mitbesitzer können auch — und dies wird die Mehrzahl der Fälle sein — in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen. Der eine hat den Besitz an den Sachen nur durch den Willen des andern Besitzberechtigten. Dieser ist jederzeit berechtigt, die Sache in Alleinbesitz zu nehmen, während der Untergeordnete dies nicht darf.[4]) In den meisten dieser Fälle wird die Lage so sein, daß der Untergeordnete im Machtbereiche des Besitzberechtigten mit der Sache in einer sich als Besitzbetätigung darstellenden Weise hantiert, und daß mit dem Aufhören dieses Tuns auch sein Mitbesitz ein Ende findet. Der Besitzberechtigte kann aber auch die Sache seinem Angestellten zur Verfügung überlassen, doch muß sie ihm noch immer „in dem der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Maße"[5]) zugänglich sein. Dies erfordert aber keineswegs, daß er jederzeit zur Sache kann, sondern es können sehr wohl vorübergehend Hindernisse entgegenstehen.[6]) Insbesondere hat es auf das Bestehen des Mitbesitzers keinen Einfluß, wenn der Untergeordnete den Sachen

[3]) Binding S. 288.
[4]) Binding S. 289.
[5]) Frank S. 383.
[6]) RG. II v. 30. 11. 1896, E. Bd. 29 S. 209.

physisch näher ist und damit leichter auf sie einwirken kann, wie dies für die zahlreichen Fälle des Dienst- und Anstellungsverhältnisses zutrifft. „Auch wenn diese Angestellten sich mit einzelnen Gegenständen zu beschäftigen, sie zu säubern oder sie zu bearbeiten haben, so bleibt der Gewahrsam unberührt.“[7]) Wenn allerdings loco citato gesagt wird, der Besitz bleibe erhalten „infolge der möglichen Kontrolle in Verbindung mit dem Abhängigkeitsbewußtsein der erwähnten Personen“, so kann ich dem nicht zustimmen. Vielmehr ist m. E. das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß dem Herrn, solange die Angestellten ordnungsmäßig mit den Sachen verfahren, die Verfügungsmöglichkeit gewahrt bleibt. Es kann doch der Prinzipal eines Geschäftes seinem Kassierer die Geschäftskasse zu alleinigem Besitze überlassen haben. Die Kontrolle hat er noch immer über ihn, auch ist das Abhängigkeitsbewußtsein vorhanden, aber des Besitzes hat sich der Prinzipal begeben.

Dieses Unterordnungsverhältnis ist jedoch nicht auf einen Dienst-, insbesondre Gesindevertrag zu begrenzen, sondern es kann auch in der Form vorkommen, daß der Besserberechtigte die Sache andern innerhalb seines Machtbereichs zur Benutzung im eignen Interesse überläßt. Es wird dann regelmäßig der Besserberechtigte mittelbarer Besitzer nach bürgerlichem Rechte werden. Umgekehrt gilt jedoch nicht, daß jeder mittelbare Besitzer noch Mitbesitzer nach strafrechtlichen Grundsätzen ist. Es handelt sich also nur um das Verhältnis zur Sache, nicht etwa um ein persönliches Unterordnungsverhältnis, wenn dies auch nebenher gehen kann.

„Die Scheidung dieser Fälle von denen, wo sich jemand vorübergehend des Besitzes zugunsten eines andern begibt, ist oft schwierig und entscheidet doch über die Annahme von Diebstahl oder Unterschlagung. Der Prinzipal eines Geschäfts hat den Besitz seiner Waren darin und des Geldes in der Geschäftskasse, falls er sich solchen Besitzes nicht besonders begeben hat, aber die Verkäufer disponieren nicht minder über jene und der Kassierer über dieses. Ebenso hat der Wirt Mitbesitz an dem Geschirre, den Messern und Gabeln, die dem Gaste zur Benutzung überlassen werden, der Eigentümer, der den Transport seiner Sache

---

[7]) RG. III v. 3. 5. 1897, E. Bd. 30 S. 88.

begleitet oder vom Fenster seines Hauses überwacht, an dieser, die Herrschaft an den Eßvorräten, welche der Köchin zur Zubereitung übergeben sind, und an dem Silber, das die Leute in den Räumen des Hauses putzen sollen, der Bauer, der mit seinen Leuten auf seinem Felde arbeitet, und der Gefängniswärter, der seine Gefangenen zur auswärtigen Arbeit begleitet, an den ihnen zur Arbeit gelieferten Hacken und Schippen, der Kohlenhändler, der in seinem Wagen die bestellten Kohlen zu seinen Kunden transportiert, an den Kohlen".[8])

Verneint haben RG. II v. 18. 2. 1881, E. Bd. 3 S. 358, und RG. II v. 4. 10. 1881, E. Bd. 5 S. 44, das Bestehen eines Mitbesitzes des Vermieters eines möblierten Zimmers bezw. eines ganzen Hauses an den mitvermieteten Sachen; nach Meinung von Olshausen (S. 909) und Frank (S. 383) zu Unrecht. Aber das Reichsgericht gibt in der zweiten Entscheidung selbst zu, daß „es im einzelnen Falle möglich sei, daß dem Vermieter, sei es auf Grund vorbehaltener Mitbenutzung des vermieteten Hauses oder einzelner Teile desselben, sei es auf Grund des Vorbehalts der Füglichkeit sonstiger Einwirkung auf das Mietsobjekt, ein Mitgewahrsam an dem letzteren verbleibt". Es ist also auch nach Reichsgericht Sache des Einzelfalls, wie zu entscheiden ist.[9]) Und dies mit Recht. So wird regelmäßig der Vermieter einer Studentenwohnung oder eines Hotelzimmers den Mitbesitz behalten, denn dem Vermieter steht der Zutritt zur Wohnung meist jederzeit frei und er wird ohne weiteres Gegenstände herausnehmen und gleichartige hineinstellen dürfen.[10]) Es kann aber auch der Mieter ausdrücklich das Betreten seines Zimmers und Vornahme einer Änderung darin verbieten. Dann steht stets sein Wille zwischen dem Vermieter und den Sachen, selbst wenn der Vermieter den Schlüssel zum Zimmer hat.[11])

[8]) Binding S. 288, 289; vgl. hierzu Merkel, H. H. S. 639, 640; Olshausen S. 908; RG. I v. 5. 4. 1880, E. Bd. 2 S. 1 und RG. IV v. 20. 6. 1890, E. Bd. 21 S. 16.

[9]) Ebenso Rotering, GS. Bd. 38 S. 316, 317; Binding S. 290.

[10]) Frank S. 383.

[11]) Binding S. 290. And. A. ist Merkel, H. H. S. 641, der behauptet, daß stets der Vermieter den Besitz aufgebe, selbst wenn er „die faktische Möglichkeit, über die Möbel zu verfügen", behält.

Zu diesen Fällen gehören auch zum Teil die momentanen Detentionsverhältnisse Jherings,[12]) z. B. wenn sich ein Nachbar im Theater das Opernglas, auf der Eisenbahn das Kursbuch einen Augenblick leiht. Hier bleibt das Glas, das Kursbuch noch in meiner tatsächlichen Gewalt und ich bin nicht einen Augenblick willens, mich des Besitzes an ihnen zu begeben. Die Art und Weise jedoch, in der die Entleiher die Sachen benutzen, ist die eines Besitzers. Insofern liegen die Fälle anders, als wenn ich einen Gegenstand nur in die Hand nehme, um ihn zu betrachten. Im Gegensatze zu diesem Falle läßt sich bei den vorher angeführten nicht erkennen, daß mein Nachbar nur vorübergehend die Sachen zu einem bestimmten Zwecke in die Hand nimmt, um sie mir dann sofort zurückzugeben.

Miete ich mir aber ein Opernglas vom Logenschließer, so habe ich das Recht, während der ganzen Dauer der Vorstellung das Glas bei mir zu haben, wohin ich mich auch innerhalb des Theaters begebe. Das Raumverhältnis zwischen Theater und Opernglas ist sehr groß, außerdem sind während der Vorstellung zahlreiche Menschen im Theater. Dadurch wird dem Logenschließer jede Möglichkeit genommen, auf das Glas einzuwirken. Es ist in meinem Alleinbesitze.

Verschieden, je nach den besonderen Umständen, ist in den beiden folgenden Fällen von momentanen Detentionsverhältnissen, die Jhering (a. a. O.) gibt, zu entscheiden. Miete ich mir einen Kahn, ein Paar Schlittschuhe, um jedes auf einem Teiche oder einem in der Natur oder durch Verbot künstlich begrenzten Flußlaufe zu benutzen, so behält der Vermieter den Besitz, denn er hat noch immer die Möglichkeit der Einwirkung und würde sich ihrer Entfernung aus seinem Machtbereiche entgegensetzen können. Gewöhnlich werden auch die berufsmäßigen Vermieter noch besondere Wächter, die sich als Besitzdiener darstellen, beschäftigen, um ein Entwenden zu verhindern. Habe ich jedoch die unbegrenzte Möglichkeit, mich auf dem Flusse vom Bootslagerplatze aus zu entfernen und an entfernten Plätzen zu landen, so geht der Besitz

---

[12]) Jhering, Besitzwille S. 510.

des Vermieters verloren mit dem Augenblicke, wo ich das Boot besteige, um vielleicht eine mehrtägige Wasserreise zu machen.

Ebenso aber gehören, je nach den Umständen des Falles, die prokuratorischen Detentionsverhältnisse Iherings (vgl. a. a. O.) hierher. Der Dienstmann, dem ich mein Gepäck übergebe, kann Alleinbesitzer oder Mitbesitzer sein, je nachdem ich ihm das Gepäck allein überlasse und mich nicht um ihn kümmere, oder ich neben ihm gehe und ihn beaufsichtige. Das Entsprechende gilt für die andern Fälle.

Nach bürgerlichem Rechte sind diese Fälle von der Literatur sehr verschieden beurteilt worden.[13]) Dies ist jedoch für das Strafrecht ohne jede Bedeutung, insbesondere ist es strafrechtlich unmöglich, den momentanen Detentoren jeglichen Besitz abzustreiten, wo sie doch zum Teil stundenlang die Sachen in den Händen haben können.

c) Bedeutend stärker kommt die Willenseinigung der Mitbesitzer in all den Fällen zum Ausdrucke, wo sie auch in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt aufeinander angewiesen sind, wo einer nicht ohne den andern zur Sache gelangen kann. Der Hauptfall ist der des doppelten Verschlusses, der eine Fall des „Gesamthandbesitzes" Wolfs.[14]) Es ist jedoch nicht so, daß der einzelne Mitbesitzer in diesen Fällen gar keine Sachherrschaft hat, sondern diese bei der Personeneinheit ruht,[15]) vielmehr hat jeder diese Herrschaft und ist nur in der Ausübung beschränkt.

III. Haben sich die Mitbesitzer hinsichtlich der Willensseite nicht geeinigt, so ist regelmäßig eine Entstehung des Mitbesitzes nur ohne Wissen des bisherigen Alleinbesitzers möglich. Dies kann nur dadurch geschehen, daß er in der freien Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch Einschränkung seiner Verfügungsmöglichkeit behindert wird; z. B. wenn ich im Zimmer des Freundes ohne sein Wissen eine von ihm begonnene Handarbeit mit seinem Werkzeuge fortsetze. Es ist aber erforderlich, daß die Besitz-

---

[13]) vgl. Heß, Der Besitzdiener des § 855 BGB., Diss., S. 51 f.

[14]) Wolf in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 159 f.; Windscheid-Kipp S. 789, 790. Der andre Fall hat strafrechtlich gar keine Bedeutung.

[15]) Wolf a. a. O.

ergreifungshandlung zugleich erkennen läßt, daß der Besitzerwerber den Vorbesitzer nicht von der Sache völlig ausschließen will.

Einen eigentümlichen Fall der Entstehung des Mitbesitzes ohne Willenseinigung gibt § 963 BGB. bei der Vereinigung mehrerer Bienenschwärme. Gesetzlich entsteht Miteigentum der Eigentümer, die ihre Schwärme verfolgen. Solange sie aber das Verfolgungsrecht ausüben mit dem Rechte des Betretens fremder Grundstücke, behalten sie den Besitz an ihrem Schwarm, erwerben also durch die Vereinigung mehrerer Schwärme Mitbesitz an sämtlichen. Allerdings wird schließlich derjenige, auf dessen Grundstück der Bienenstock nicht steht, seinen Mitbesitz nach Entstehung des Miteigentums aufgeben.

Das gleiche gilt nicht allgemein für die Vermischung von Sachen. Es entsteht zwar Miteigentum, aber nicht in jedem Falle Mitbesitz, da die Vermischung nicht allgemein das Recht gibt, auf die vermischten Sachen einzuwirken.

Es ließe sich schließlich der Fall denken, daß von zwei Mitbesitzern jeder den Alleinbesitzwillen hätte, daß sie aber in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt aufeinander angewiesen wären, z. B. wenn jedem von ihnen ein Schlüssel übergeben würde mit dem Bemerken, er schlösse den Schrank allein, während er dies in Wahrheit nicht tut. Bis zu dem Augenblicke, wo sie den Mangel merken, würden sie Mitbesitzer sein, ohne daß sie sich dessen bewußt wären.

IV. Streitig ist in den Fällen, wo jemand ein verschlossener Gegenstand übergeben wird, wer den Besitz an dem verschlossenen Gegenstande habe, der Deponent oder der Depositar. Nach meiner Ansicht hat ihn der Depositar, denn in dem Besitze an der Umhüllung, den er zweifellos hat, liegt zugleich der Besitz am Inhalte. Er hat die Verfügungsgewalt über das Ganze, also auch über die Teile, und diese Gewalt ist so beschaffen, daß sie die Einwirkung Dritter von seinem Willen abhängig macht.[16])

Allerdings hat zwischen „dem Inhalt der Kiste und dem Willen des Depositars noch der Wille des Deponenten die Scheide-

---

[16]) RG. II v. 13. 12. 1881, E. Bd. 5 S. 222; RG. I v. 10. 2. 1902, E. Bd. 35 S. 115; Frank S. 393.

wand des Verschlusses aufgerichtet".[17]) Daraus ist aber nicht mit Binding zu folgern, daß der Deponent deshalb Besitzer der verschlossenen Sachen sei. Vielmehr wirkt der Verschluß nur negativ, er will Unberufene vom Inhalt der Kiste absperren, er gewährt auch eine leichte Kontrolle hinsichtlich des Abhandenkommens bei der Rückgabe. Aber er gibt nicht positiv dem Deponenten die tatsächliche Gewalt über den Inhalt,[18]) denn dies erfordert auch die Möglichkeit, zur Kiste gelangen und über sie verfügen zu können. Über die Kiste aber hat der Depositar allein die tatsächliche Gewalt, und mit der Ausdehnung, daß er jederzeit den Deponenten ausschließen kann. Dasselbe gilt für die Briefe. Auch hier steht die Scheidewand des Verschlusses errichtet. Aber nach der Verkehrsanschauung dürfte zweifellos der, der den Briefumschlag hat, auch Besitzer des Briefes sein.

b) Umgekehrt verhält es sich gewöhnlich bei den Automaten. Regelmäßig stehen diese in Gastwirtschaften oder in anderen jedermann frei zugänglichen Räumen. Auch werden sie nicht dem Besitzer der Räume zur Aufstellung übergeben, sondern er willigt nur darein. Deshalb bleibt der Automat bei dieser Sachlage im Besitze des Eigentümers, der ihn aufstellt. Seine Verfügungsmöglichkeit wird nur vorübergehend durch Abschluß der Räumlichkeiten aufgehoben, er betätigt sie durch Füllen und Entleeren des Automaten.

Vielleicht könnte man dem Inhaber des Raumes auf Grund seines generellen Besitzwillens Mitbesitz zuschreiben. Auf jeden Fall aber hat der Eigentümer des Automaten bezw. dessen Bevollmächtigter den Alleinbesitz an seinem Inhalt. Seine Entnahme behufs Aneignung ohne die entsprechende geforderte Gegenleistung ist demnach auch für den Wirt, in dessen Räumlichkeiten der Automat steht, stets Diebstahl.[19]) Anders geartete Fälle können natürlich vorkommen.

---

[17]) Binding S. 289.

[18]) Windscheid-Kipp S. 761: Der Besitz des Schlüssels gibt nicht den Besitz der verschlossenen Sache.

[19]) Ebenso Binding S. 294, 1, aber nur aus dem Grunde, weil der Verschluß des Automaten widerrechtlich durchbrochen wird; bedingt Olshausen S. 907; RG. I v. 15. 6. 1903, G. A. Bd. 50 S. 389. — Entsprechend diesen Fällen

§ 9.

Der Besitzgehilfe.

I. Schon oben (S. 9) war erwähnt worden, daß neben den Formen des Alleinbesitz- und Mitbesitzwillens auch die des Besitzgehilfenwillens von Bedeutung ist. Oft wird der Besitzgehilfe die Möglichkeit haben, auf die Sache einzuwirken, aber er nützt diese Möglichkeit für sich nicht aus, sondern er wacht und wahrt sie und damit die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn. Er selbst enthält sich jeder Manipulation mit der Sache, die sich als Besitzbetätigung darstellen würde. Also nicht jedes Indiehandnehmen einer Sache seitens eines Besitzgehilfen ist undenkbar, sondern nur ein solches, das sich als Besitzbetätigung darstellt. So kann z. B. „der Wächter auf dem Holzplatze oder der Schutzmann, der aufgestellt ist, um aus dem Brande gerettete Sachen zu beaufsichtigen",[1]) sehr wohl die von ihm bewachten Sachen in die Hand nehmen und ihren Platz verändern. Diese ihrer Natur nach vorübergehende Handlung läßt noch immer erkennen, daß der Handelnde nur Besitzgehilfe, nicht Besitzer sein will.

Den Gegensatz hierzu bilden die obenerwähnten Fälle, wo die Handlung erkennen läßt, daß der Täter, wenn auch ebenso nur vorübergehend, die Sache wie seine eigene gebrauchen will, so daß Mitbesitz entsteht.

II. Das entscheidende Moment ist sonach in der Funktion gegeben, die der Mensch der Sache gegenüber wahrzunehmen hat. Der Besitzgehilfe hat nur darüber zu wachen, daß die Sache dem Besitzer nicht entzogen wird.[2]) Er ist ein Werkzeug des Besitzers, der durch ihn Fremde von seiner Sache ausschließen will, er bildet eine Schranke zwischen den Sachen und der Außenwelt, jedoch in keiner Weise zum Besitzer.

---

ist auch der, den RG. I v. 24. 5. 1880 entschieden hat. Auch hier ist das wesentliche Merkmal das, daß der Dienstknecht in der Lage war, die Herrschaft über seine Kiste auszuüben, obwohl sie in den Räumen der M.schen Eheleute stand.

[1]) Binding S. 287.

[2]) Binding a. a. O.; Frank S. 383.

Es ist aber kein Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners vom Besitzer erforderlich, wenn dies auch sehr oft der Fall ist; weder ein vertragliches (Fabrikwächter, Dienstboten) noch ein auf natürlichen Beziehungen beruhendes (Kinder). Der Fremde, den ich auf dem Bahnhofe bitte, einen Augenblick auf meine Sachen aufzupassen, während ich die Fahrkarte löse, ist ebenso Besitzgehilfe.

Im Gegensatze zum Besitzgehilfen des Strafrechts steht der Besitzdiener des bürgerlichen Rechts. Dieser, für den Kipp[3]) als entscheidend ansieht, „ob demjenigen, welcher die Sache in die Hand bekommt, die volle Gewalt über dieselbe anvertraut ist, oder ob die Sache noch der Aufsicht und Einwirkung des Besitzers untersteht", ist bald Besitzgehilfe, bald Mitbesitzer, bald Alleinbesitzer.[4]) Insbesondere ist es vollkommen ohne Belang, ob ein Verhältnis im Sinne des § 855 BGB. vorliegt oder nicht.[5])

III. Besitzgehilfen im Sinne des Strafrechts sind auch die Dienstboten hinsichtlich der Sachen der Herrschaft, die Angestellten eines Gastwirts hinsichtlich der Sachen der Gäste. In vielen dieser und ähnlicher Fälle wird der Besitzer der Sachen stillschweigend oder ausdrücklich den Dienstboten die Ermächtigung erteilt haben, gewisse Handlungen an den Sachen vorzunehmen. So soll die Köchin das Küchengerät nach der Benutzung reinigen und an seinen Ort stellen, es sollen die Hausdiener die Kleider der Reisenden putzen und zurückbringen. Diese Handlungen sind Besitzhandlungen. Entfernen die Dienstboten nun gar die Sachen aus den Räumen der Herrschaft, so werden sie trotz § 855 BGB. Alleinbesitzer, so wenn die Köchin auf dem Markt einkaufen geht und dabei die Tasche ihrer Herrschaft mitnimmt.

Es können sonach bei solchen Verhältnissen beim Dienstboten Besitzgehilfschaft, Mitbesitz und Alleinbesitz, beim Besitzherrn Alleinbesitz, Mitbesitz und Besitzentsetzung in dauerndem Wechsel stehen.[6])

[3]) Windscheid-Kipp S. 748.
[4]) Binding S. 287, 2.
[5]) Rotering, G. A. Bd. 47 S. 255.
[6]) Rotering, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 27 S. 71.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.